

LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS Y LAS MIGRANTES: EL RECONOCIMIENTO FRAGMENTADO POR EL TEDH

MIGRANTS' SOCIAL RIGHTS FRAGMENTED RECOGNITION BY THE ECTHR

NATALIA CAICEDO CAMACHO
Universidad de Barcelona

Fecha de recepción: 9-5-16

Fecha de aceptación: 12-12-16

Resumen: *Este artículo analiza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) con relación a los derechos sociales de los inmigrantes. Los procesos migratorios han forzado la formulación de nuevos vínculos en donde el punto de partida del reconocimiento de derechos y libertades es la residencia y, en algunos casos, también la presencia en el territorio. En este contexto, el artículo reflexiona sobre la adecuación de esta nueva forma de adjudicar los derechos y el juicio de igualdad en el marco de la jurisprudencia del TEDH. En este sentido, se estudia la jurisprudencia sobre la nacionalidad y los estatutos migratorios, en el marco del art. 14 Convenio Europeo de Derecho Humanos, como cláusulas sospechas de ser discriminatorias. Asimismo, se analiza críticamente la posición del Tribunal según la cual los objetivos económicos constituyen un fin legítimo para denegar los derechos sociales a los y las migrantes y es la contribución económica el criterio que les ubica en igualdad de condiciones respecto de los nacionales y de los otros estatutos migratorios.*

Abstract: *This article examines the rulings made by the European Court of Human Rights regarding migrants' social rights. Migration flows have forced the formulation of new ties where allocation of rights also emerged from residence or the presence in the territory. Under this context, this article deals with this new way for allocating rights and the equality principle from the ECtHR perspective. This article analyses the role that nationality and, mostly, migration status play inside the non discrimination principle laid on art. 14 ECHR and its evaluation as a suspect clause. It also examines critically the rationale of economic limitations in order to justify interference in migrants'*

social rights followed by the Court and the rationale of economic contribution as the criteria that settle migrants in an equality position.

Palabras clave: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Derechos sociales de los migrantes, Principio de igualdad
Keywords: European Court of Human Rights, Migrant's social rights, Equality principle

INTRODUCCIÓN

El sistema de protección europeo de derechos humanos se construye siguiendo las posturas doctrinales que distinguen los derechos sociales como derechos estructuralmente diferentes a los derechos civiles y políticos¹ y, en consecuencia, abogan por diferenciar las vías o formas de reconocimiento y protección de los mismos. La aplicación de esta división al marco europeo se traduce en la elaboración de dos textos diferenciados de derechos y dos sistemas de protección distintos. Por una parte, el CEDH en el que se consagran los derechos civiles y políticos y al cual se le dota de un Tribunal encargado de velar por el cumplimiento del Convenio y, por otra parte, se encuentra la Carta Europea de Derechos Sociales a la cual se le otorga la potestad de la defensa y protección de los derechos económicos y sociales. La Carta se concibe como un texto que complementa o amplía el sistema Europeo de Derechos Humanos y la efectividad de la misma se deja en manos de un Comité encargado de elaborar informes de seguimiento a los Estados miembros. Por lo tanto, parecía que el modelo europeo había optado por un texto para proteger los derechos civiles y políticos y un Tribunal para hacer frente a los litigios relativos a los mismos, mientras que, los derechos sociales serían promovidos a través del Comité Europeo de Derechos Sociales bajo la estructura de informes a los Estados miembros.

¹ Siguiendo el análisis de Gerardo Pisarello "Para esta tesis los derechos civiles y políticos aparecerían como derechos negativos, no onerosos y de fácil protección. Los derechos sociales, en cambio, serían ante todo derechos positivos, costosos y condicionados en su realización a la ineluctable reserva de lo económicamente posible o razonable. Esta característica se agravaría por el hecho de que, a diferencia de los derechos civiles y políticos, se trataría de derechos vagos e indeterminados, que no dejan claro ni cuál es la conducta a la que obligan ni quienes son los sujetos obligados. Finalmente, se trataría de derechos de dimensión colectiva que, a diferencia de los individuales, no serían susceptibles de ciertas formas de tutela, por ejemplo, ante los Tribunales". G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Ed. Trotta, Madrid, 2006, pp. 59.

Esta división artificial que separa los derechos con base en una supuesta naturaleza ha sido rebatida tanto por la doctrina², como por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Así, en el asunto *Airey c. Irlanda*³, el Tribunal señaló que la división artificial o histórica entre los derechos civiles, políticos y sociales no debe ser un factor determinante para la interpretación de la Convención y afirmó que desde el punto de vista del ámbito de protección cubierto por el Convenio no hay una estricta división que separe los derechos sociales y económicos⁴. Esta interpretación permitió al Tribunal evaluar si la denegación de la asistencia jurídica gratuita por parte de las autoridades irlandesas en un caso de separación conllevaba la vulneración del art. 6 CEDH y del art. 8 CEDH.

Desde entonces, el TEDH ha desarrollado una amplia jurisprudencia basada en el enfoque indivisible de los derechos, razón por la que los derechos sociales se vinculan con alguno de los derechos expresamente contenidos en el Convenio⁵. La inclusión de los derechos económicos y sociales dentro del Convenio se viene materializado a través de la protección indirecta conectando de manera explícita o implícita una manifestación de un derecho social a uno previsto en el Convenio o mediante la incorporación de parte del contenido jurídico de un derecho social a uno reconocido en el CEDH⁶.

² L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, 1999, pp. 37-72; G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías ... op.cit.*

³ *Airey c. Irlanda*, de 9 de octubre de 1979 (App. 6289/73).

⁴ *Idem*, párrafo 26

⁵ En términos generales, el derecho a la vivienda se ha vinculado con el derecho a la vida privada y familiar (Art. 8) y el derecho a la propiedad (Art. 1 Protocolo nº 1); el derecho a la salud se vincula con el derecho a la (Art. 2), la prohibición de tratos inhumanos y degradantes (Art. 3) y el derecho a la vida privada familiar (Art. 8). En el campo de la seguridad social y las prestaciones asistenciales el TEDH ha considerado que la denegación de las ayudas puede conllevar la vulneración del derecho a la propiedad (Art. 1 Protocolo nº 1) y el derecho a la vida privada familiar (Art. 8). El derecho a la asistencia jurídica gratuita se vincula con el derecho a un juicio (Art. 6). Sobre las conexiones entre los derechos sociales y el Convenio véase J. BONET PEREZ, "La protección indirecta como instrumento de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Derechos y Libertades*, núm. 35, 2016, pp. 158-172.

⁶ J. BONET PEREZ, "La protección indirecta como instrumento de exigibilidad de los derechos económicos ...cit., p137-183. La doctrina también ha indicado que la incorporación de los derechos sociales al Convenio se ha realizado a través de interpretaciones como la teoría de las obligaciones positivas a cargo de los Estados, la consideración de los derechos sociales como parte del contenido de los derechos contemplados en el Convenio y la protección y el disfrute de los derechos sociales mediante la prohibición de discriminación. Véase, C. MORTE y S. SALINAS, "Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal

Tomando como punto de partida una visión integradora de los derechos se construye un sistema interrelacionado en el que la violación del Convenio puede originarse en la vulneración de los derechos con independencia de su naturaleza, entre otras razones, porque los derechos se leen en conjunto⁷ y la adecuada protección de los derechos civiles y políticos requiere necesariamente la protección de los derechos sociales. La apertura del Convenio ha permitido que en las últimas décadas se presenten ante el TEDH un número significativo de casos relativos al acceso de los y las migrantes a los derechos sociales. De hecho, a partir del asunto *Gaygusuz v. Austria* (1996) se inicia una amplia jurisprudencia a partir de la cual se analiza el papel que tienen tanto la nacionalidad como el estatuto migratorio en el marco del art. 14 CEDH.

En este artículo se analiza las implicaciones de las diferencias de trato sobre los derechos sociales para la población migrante en la jurisprudencia del TEDH. La contribución muestra como el Tribunal incorpora la nacionalidad y el estatuto migratorio en el marco de aplicación del juicio de la igualdad del art. 14 CEDH, exigiendo a los Estados un mayor rigor en la justificación de las diferencias basadas en la nacionalidad; sin embargo, esto no es así para el estatuto migratorio. Este artículo se argumenta que la construcción de los estatutos migratorios prevista en las legislaciones de extranjería tiene como fundamento un sistema jerarquizado y estratificado, de manera que, las diferencias de trato basadas en el estatuto migratorio deben ser evaluadas bajo los criterios de la razonabilidad estricta. La primera parte del artículo analiza el criterio que aplica el Tribunal frente a las diferencias de trato sobre los derechos sociales basadas en la nacionalidad y señala la relevancia que, en el marco del juicio de igualdad, tiene los estatutos migratorios. La segunda parte examina críticamente tanto la teoría desarrollada por el Tribunal según la cual los objetivos económicos son un fin legítimo para negar los derechos sociales a los inmigrantes, como la doctrina que fija la contribución a las arcas del Estado como el criterio que ubica al migrante en igualdad de posición respecto de los nacionales. La tercera parte se dedica al estudio y el rol que juega el estatuto migratorio en el marco del juicio de igualdad y muestra cómo en este caso el Tribunal decide devaluar el nivel de protección.

Europeo de Derechos Humanos”, en A. EMBID IRUJO (dir.) *Derechos económicos y sociales*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 378-391.

⁷ L. CLEMENTS and A. SIMMONS, “European Court of Human Rights”, en M. LANGFORD, M. (ed.) *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 409 y ss.

1. LA NACIONALIDAD Y LOS ESTATUTOS MIGRATORIOS EN LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

1.1. La nacionalidad como criterio sospechoso en el marco del juicio de igualdad

El asunto *Gayguzuz c. Austria* (1999)⁸ es el primer caso en el que el TEDH es llamado a pronunciarse sobre el alcance del art. 14 CEDH y la denegación de los derechos sociales a la población migrante. Un nacional turco titular de una autorización de residencia en Austria solicita un anticipo de su pensión en forma de prestación asistencial. La Agencia de Empleo rechaza la petición del Sr. Gaygusuz porque, según la legislación interna, el acceso a dicha ayuda requiere la nacionalidad austriaca, condición que carecía el solicitante. *Gaygusuz* plantea dos cuestiones al Tribunal. La primera se refiere a los derechos *ratione materiae* protegidos por el Convenio y si las ayudas sociales entran en el marco de dicha protección. La segunda alude a la posibilidad que tienen los Estados de establecer un trato diferente en el acceso a las prestaciones sociales en base a la nacionalidad. Sobre la primera de las cuestiones, el Gobierno austriaco alegó la inadmisibilidad de la demanda en razón que las ayudas de emergencia social no formaban parte del derecho a la propiedad previsto en el art. 1 del Protocolo 1 del CEDH. No obstante, bajo una interpretación abierta del Convenio, el TEDH declara que el derecho a la asistencia social es un derecho pecuniario y, como tal, forma parte del contenido del derecho a la propiedad⁹. *Gayguzuz* fue la vía a través de la cual las ayudas provenientes del sistema de asistencial se incorporaron a los derechos protegidos por el Convenio.

Una vez resueltas las alegaciones sobre la inadmisibilidad de la demanda, la segunda cuestión que debe resolver el Tribunal es si la denegación de una ayuda social en base al criterio de la nacionalidad implica una vulneración del art. 14 CEDH¹⁰. Al respecto cabe apuntar que, en el marco de las cláusulas discriminatorias de art. 14 CEDH la nacionalidad se incluye expresamente, si bien

⁸ STEDH *Gayguzuz c. Francia*, de 16 de septiembre de 1996 (App.1737/90).

⁹ Idem, párrafo 41.

¹⁰ En *Gaygusuz*, el Gobierno austriaco justificó que su decisión de no pagar la asistencia de emergencia al Sr. Gaygusuz respondía a la especial responsabilidad que las autoridades nacionales tienen para sus propios nacionales. Desde el punto de vista del Gobierno “se estaba dando una prioridad lógica a las necesidades esenciales de los ciudadanos austriacos en términos de acceso a las prestaciones sociales”. (traducción propia). Idem, párrafo 45.

hasta el momento el Tribunal no se había pronunciado sobre su alcance en materia de derechos sociales. En la respuesta a las alegaciones del demandante relativas al trato discriminatorio y la denegación de la ayuda, el TEDH afirma que la diferencia en base a la nacionalidad que establecía la *Unemployment Insurance Act* carece de una justificación objetiva y razonable. El Sr. Gayguzuz había pagado sus contribuciones al fondo de desempleo y, por lo tanto, se encontraba en igual posición que los trabajadores con nacionalidad austriaca. Pero, además, en este caso, el Tribunal da un paso más allá y decide extender el criterio del juicio estricto de la razonabilidad a las diferencias en razón de la nacionalidad. En este sentido, en *Gayguzuz* el TEDH declara “(...) *very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference of treatment based exclusively on the ground of nationality as compatible with the Convention*”¹¹. Es decir, las diferencias en el acceso a las ayudas sociales en base a la nacionalidad no solo están sujetas al juicio de la razonabilidad sino que, además, estas diferencias son sospechosas de ser discriminatorias. De manera que la justificación objetiva y razonable que aportan los Estados para eliminar las acusaciones de discriminación no son suficientes; también es necesario que las razones alegadas sean razones de peso.

Gayguzuz es un pronunciamiento que por su breve argumentación no parece aspirar a convertirse en un *leading case*. De hecho, desde el punto de vista del análisis del juicio de la igualdad, la argumentación de la sentencia es corta y, ni tan sólo, se pronuncia sobre si las alegaciones del Gobierno austriaco relativas a la prioridad de los nacionales en materia de políticas sociales constituyen una justificación legítima. En todo caso, si puede decirse que *Gayguzuz* es un pronunciamiento clave cuando hablamos de la universalización de los derechos sociales y de la reformulación del vínculo entre nacionalidad y titularidad de los derechos. Esto es así porque, por primera vez, el Tribunal aplica el criterio de la razonabilidad estricta que supone un examen más riguroso de las alegaciones presentadas por los Estados para las diferencias de trato basadas en la nacionalidad sobre las prestaciones sociales. En este sentido, autoras como Marie-Bénédicte Dembour afirman que, en *Gayguzuz* el Tribunal extrapola al campo de la nacionalidad la fórmula relativa a las razones de peso desarrollada en el asunto *A.B.C c. Reino Unido* sobre las diferencias basadas en el sexo¹², de manera que, también el trato

¹¹ Idem, párrafo 42.

¹² M.B. DEMBOUR, “Gayguzuz Revisted: The limits of the European Court of Human Rights’s Equality Agenda”, *Human Rights Law Review*, vol 12, núm 4, 2012, pp. 696-698. Para

diferencial por motivos de nacionalidad queda sometido al control estricto de la razonabilidad. La declaración “*very weighty reasons*” tienen que ser presentadas ante el Tribunal para justificar una diferencia de trato basada exclusivamente en la nacionalidad representa una de las afirmaciones más importantes del TEDH en el campo de los derechos sociales.

Esta doctrina ha sido reiterada en numerosas sentencias. Así, en el asunto *Koua Porriez c. Francia*¹³ (2003) el TEDH se ocupa de la denegación de una ayuda por discapacidad (prestaciones no contributivas) a un nacional de Costa de Marfil con un grado de discapacidad del 80% que residía legalmente en Francia. Las autoridades francesas rechazaron la solicitud en razón que el solicitante carecía de la nacionalidad francesa y su país no tenía un acuerdo de reciprocidad con Francia¹⁴. El Tribunal sostiene que la inexistencia de un acuerdo de reciprocidad no era una justificación objetiva y razonable para denegar la ayuda asistencial al Sr. Koua Poiriez¹⁵. Y, afirma que, también en el marco del esquema de la Seguridad social no contributiva, “*very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference of treatment based exclusively on the ground of nationality as compatible with the Convention*”¹⁶. Posteriormente, en el asunto *Weller c. Hungría* (2009)¹⁷ las autoridades húngaras denegaron una ayuda de maternidad a una ciudadana rumana residente legalmente en Hungría y casada con un ciudadano húngaro, porque bajo la legislación estatal sólo las ciudadanas húngaras tenían derecho a solicitar este beneficio. El Tribunal manifiesta que el derecho a las ayudas por maternidad no puede depender de la nacionalidad

la autora si bien el Tribunal introduce del juicio estricto a las diferencias en razón de la la nacionalidad desarrollado en el *asunto A.C.B. c. Reino Unido* (1985), no esta del todo claro que el TEDH quiera otorgarle el mismo alcance o relevancia. Entre otras razones, porque en *A.C.B.* el Tribunal argumentó que la extensión de la sospecha de discriminación a las diferencias de trato por razón de sexo se debía a que la igualdad de sexos era uno de los mayores objetivos de los Estados miembros del Consejo de Europa, mientras que en *Gaygusuz* no se incorpora ninguna referencia sobre la igualdad entre nacionales y no nacionales como un objetivo mayor de los Estados.

¹³ STEDH *Koua Porriez c. Francia*, de 30 de septiembre de 2003. (App.40892/98).

¹⁴ La justificación económica estaba en la base de las justificaciones del Estado, el Gobierno sostuvo que la distinción entre nacionales y extranjeros en la adjudicación de una asignación de los adultos con discapacidad perseguía un objetivo legítimo, que era el equilibrio entre los ingresos bienestar del Estado y el gasto. Idem, párrafo 43.

¹⁵ Idem, párrafo 48 (traducción propia).

¹⁶ Idem, párrafo 46 (traducción propia).

¹⁷ STEDH *Weller c. Hungría*, de 31 de marzo de 2009 (App. 44399/05).

de la madre y encuentra la justificación del Estado poco convincente¹⁸, declarando la vulneración del art. 8 en conjunción con el art. 14 del Convenio. Recientemente, en el asunto *Dhabai c. Italia* (2014)¹⁹ relativo denegación de una ayuda familiar a un nacional de Túnez con autorización de residencia y trabajo, el Tribunal vuelve sobre las diferencias en base a la nacionalidad y reitera que “*very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference of treatment based exclusively on the ground of nationality as compatible with the Convention*”²⁰.

Tras 20 años de pronunciamientos del TEDH la regla según la cual los Estados no pueden fijar diferencias en la titularidad de los derechos sociales o en el acceso prestaciones asistenciales basándose únicamente en la nacionalidad es un principio ya establecido. Este tipo de trato es sospechoso de ser discriminatorio y en caso en que los Estados decidan configurar una diferencia en función de la nacionalidad ésta debe estar argumentada o justificada por razones de peso. Hasta el momento, ninguno de los casos en donde la diferencia de trato de basa en la nacionalidad ha pasado el test de la razonabilidad del Tribunal.

La desvinculación entre la nacionalidad y el acceso a las prestaciones sociales supone un paso importante para la apertura de la ciudadanía y el principio social sobre el cual se fundamentan los derechos sociales²¹. La visión excesivamente reduccionista y excluyente del principio social argumenta que los derechos sociales están contruidos sobre la base de la solidaridad nacional y la sociedad de llegada sólo está dispuesta a compartir los bienes y derechos del sistema de bienestar con aquellos con quienes se encuentra pre-

¹⁸ El Gobierno húngaro argumentó ante el Tribunal que, respecto de las prestaciones sociales, los Estados gozaban de un amplio margen de apreciación y afirmó que los solicitantes estaban abusando del sistema de bienestar húngaro. En este caso, el Tribunal también declaró que la norma húngara vulneraba la prohibición de discriminación por razón de sexo puesto que no permitía que las ayudas fueran solicitadas por los padres.

¹⁹ STEDH *Dhabbi c. Italia*, de 8 de abril de 2014 (App. 17120/09).

²⁰ Idem, párrafo 46 (traducción propia).

²¹ La teoría de la ciudadanía social propuesta por Marshall propone la disociación entre la ciudadanía y la persona. Según el sociólogo inglés la ciudadanía se presenta como un concepto que ha evolucionado de manera progresiva incluyendo los derechos civiles y políticos y acaba con la incorporación de los derechos sociales. Pero, además el estatus de la ciudadanía del cual se derivan los derechos se identifica con la pertenencia a una comunidad política que representa el Estado nación, “la ciudadanía es aquel estatus que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad”. T.H. MARSHALL, *Ciudadanía y clase social*, Alianza Editorial, reimpresión 2007, Madrid, pp. 37 y ss.

viamente vinculado²². Justificar las restricciones en la titularidad de los beneficios sociales bajo argumentos excluyentes, que presuponen la existencia de una solidaridad nacional que por naturaleza es cerrada, conlleva implícitamente a definir los derechos sociales como privilegios que solo pueden disfrutar aquella categoría de ciudadanos que poseen la nacionalidad común o comparten una identidad cultural determinada. La teoría de la justicia distributiva propuesta por Michael Walzer comienza por determinar quiénes son los miembros de la comunidad en la que se deben distribuir los bienes. Aquí, se argumenta que la redistribución sólo puede desarrollarse en comunidades que por naturaleza son cerradas, pero el alcance cerrado de la solidaridad no puede llegar a excluir a aquellas personas con las cuales se comparte el territorio. Hacerlo supone una forma de tiranía "*Indeed, the rule of citizens over non-citizens, of members over strangers, is probably the most common form of Tyranny in human history*"²³. De forma que, una vez los y las migrantes residen dentro de la comunidad política deben ser tratados como miembros de pleno derecho de esa comunidad²⁴. Es cierto que en su propuesta Walzer argumenta que la distribución sólo puede desarrollarse entre comunidades cerradas, cuando la solidaridad como principio base de las relaciones humanas no puede ser al mismo tiempo auténtica y excluyente²⁵. En todo caso, para Walzer la conformación del cuerpo social y político de la ciudadanía

²² Hans Entziner, sostiene que los Estados del bienestar están destinados a operar bajo sistemas cerrados: Los Estados del bienestar sólo pueden funcionar de manera correcta cuando la línea divisoria entre los de dentro y los de fuera esta clara porque todos los que contribuyen son también potenciales beneficiarios y viceversa. Además, el Estado del bienestar ha sido diseñado para redistribuir recursos escasos entre individuos, entre generaciones y algunas veces también entre regiones. Estas transferencias siempre tienen lugar entre aquellos que están mejor que los que están en peores condiciones dentro de la sociedad y dentro del mismo sistema. H. ENTZINER, "Open Borders and Welfare States" in A. PÉCOUD and P. GUCHTENEIRE (eds.), *Migration without Borders: Essays on the Free Movement of People*, Berhan, Oxford, 2007.

²³ M. WALZER, *Sphere of Justice. A defence of Pluralism and Equality*, Basic books, United States of America, 1983, pp. 62-63.

²⁴ Para Michael Walzer "*The theory of distribute justice begins, then, with an account of membership rights. It must vindicate at one the same time the (limited) right of closure without which there could be no communities at all, and the political inclusiveness of the existing communities*". El autor llega incluso a calificar como *membership imperialism* el miedo persistente al que se enfrentan los extranjeros como resultado de las políticas de deportación. Idem, pp. 63.

²⁵ J. DE LUCAS, *El concepto de solidaridad*, Biblioteca de Ética Filosofía del Derecho y Política, México, 1993, pp. 21 y ss.

es un proceso permeable que debe incluir a todas las personas presentes en la comunidad. En este sentido, tal y como sostienen autoras como Yasemin Soysal, no hay nada inherente acerca de la lógica del Estado del bienestar que excluya la incorporación de los extranjeros en el sistema²⁶.

Gaygusuz desarrolla un concepto de solidaridad que funciona no como un concepto cerrado y limitado a aquellas personas que por sus características pertenecen de manera legítima y originaria a una comunidad determinada, sino como un concepto abierto que se extiende más allá de los vínculos nacionales. A juicio del Tribunal, del mismo modo que las diferencias de trato basadas en el sexo, también las que tienen origen en la nacionalidad deben contar con una justificación objetiva y razonable, de lo contrario la diferencia será declarada discriminatoria y contraria al Convenio²⁷. Además, la introducción de la nacionalidad como una cláusula sospechosa de ser discriminatoria supone un límite frente a las reformas de las últimas décadas que han recortado de manera deliberada los derechos sociales de los y las migrantes. Estas reformas buscan reinstaurar la lógica del vínculo entre derechos sociales y nacionalidad, alcanzado incluso aquellos estatutos que se creían más protegidos como la residencia de larga duración²⁸.

La regla del Tribunal sobre la nacionalidad como cláusula sospechosa supone una garantía para la universalidad de los derechos sociales. No obs-

²⁶ Y. SOYSAL, *Limits of Citizenship, Migrants and Postnational Membership in Europe*, University of Chicago, Chicago, 1994, pp.138.

²⁷ El juicio estricto de la razonabilidad también se ha extendido a las diferencias en razón de raza. asunto *D.H. y Otros contra la República Checa*, de 13 de noviembre de 2007, (App. 57325/00), párrafo 175; asunto *Timishev contra Rusia*, de 13 de marzo de 2006, (App. 55762/00 y 55974/00), párrafo 56; *Orusus y otros c. Croacia*, demanda, de 16 de marzo de 2010, (App.15766/03) párrafo 149. Véase F. REY, "La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo e Derechos Humanos", *Pensamiento Constitucional*, núm 17, 2012, pp. 291-318.

²⁸ Los Estados del bienestar de la Europa central y norte en donde los flujos migratorios llegaron a partir de la década de los 60 adoptaron una política de inclusión de la población migrante, en especial, aquellas personas titulares de una autorización de residencia o asilo. Sin embargo, tal y como demuestra Diane Sainsbury a partir de la década de los noventa y con la entrada del modelo neoliberal se implantan políticas de restricción de los derechos sociales que afectaron con mayor intensidad a la población migrante y a todos los estatutos migratorios. D. SAINSBURY, *Welfare States and Immigrants' Rights. The politics of inclusion and exclusion*, Oxford University Press, Oxford, 2012. Sobre las restricciones a la residencia de larga duración en países como Estados Unidos, Reino Unido y Australia, véase. M. FIX y L. LAGLOGARON, *Social Rights and Citizenship: An international Comparison*, The Urban Institute, 2002.

tante, resuelve sólo una parte de los desafíos que emergen tras los procesos migratorios. Al respecto, queda por aclarar el rol que tiene el estatuto migratorio al interior del derecho a la igualdad y del principio de no discriminación. A efectos de este artículo, resulta de vital importancia desvelar el papel de los estatutos migratorios como válvula que cierra y abre la posibilidad del disfrute de los derechos sociales.

2.2. Los estatutos migratorios como criterio generador de tratos discriminatorios

Una de las principales transformaciones que los procesos migratorios han incorporado a los fundamentos de los Estados nación es la modificación de la nacionalidad como vínculo exclusivo de pertenencia al cuerpo político y social. Como se desarrollará posteriormente, otra cuestión es si esta pertenencia es plena, fragmentada o incluso invisibilizada. Aun así, la presencia y la residencia de los no nacionales en el interior del territorio de los Estados viene forzando la reconfiguración del criterio de la nacionalidad entendido como el único nexo del cual emanan los derechos y las libertades. Las exigencias del principio democrático y su aplicación al campo de la inmigración han generado o forzado el nacimiento de otras formas de relación entre los individuos o grupos con el Estado. De hecho, la permeabilidad de las migraciones en las estructuras sociales y políticas genera la constitución de otros vínculos a partir de los cuales derivar la titularidad de derechos civiles, políticos y sociales²⁹. Desde el punto de vista jurídico esta reconfiguración se

²⁹ La literatura que se deriva de la reconfiguración de la nacionalidad como resultado de los procesos migratorios es muy amplia. Al respecto, Yasemin Soysal plantea la creación de la ciudadanía postnacional en la que la pertenencia a una comunidad política depende ya no del lugar de nacimiento, sino del lugar donde se vive y es allí donde se deben disfrutar los derechos, Y. SOYSAL, *Limits of Citizenship* ...op.cit., pp.138; Kymlicka propuso la ciudadanía multicultural como una forma de adaptar la ciudadanía liberal a los retos de la diversidad nacional y cultural W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship A liberal theory of minority rights*, Oxford University Press, Oxford, 1996. Seyla Benhabib propone interpretar la ciudadanía desde la teoría de la justicia global abierta que permita el respeto a los reclamos democráticos de la diversidad cultural, al mismo tiempo que se refuerza los compromisos de las normas de una justicia comopolita. S. BENHABIB, *The rights of the others Aliens, Residents, and Citizens*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004. Linda Bosniak sugiere la conformación de una ciudadanía basada en la ética territorial como una forma de derivar derechos de la presencia de las personas en el territorio. L. BOSNIAK, "Being Here: Ethical Territoriality and the Rights of Immigrants", *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 8, núm. 2, 2007, pp. 389-410. Iris Marion Young plantea la ciudadanía diferenciada como una forma de reestablecer los des-

manifiesta en la creación de estatutos migratorios o categorías intermedias basadas en la residencia de las cuales se derivan los derechos y libertades³⁰, así como también algunos derechos (muy restringidos) derivados de la presencia en el territorio³¹.

Esta reconfiguración sin duda supone un quiebre fundamental para la nacionalidad y su vínculo con los derechos, pero al mismo tiempo, también significa la creación de un sistema paralelo a la nacionalidad basado en la extranjería en donde los derechos quedan ligados al tipo de residencia que el Estado haya concedido o negado al o la migrante. Tal y como sostiene Linda Bosniak, este proceso supone dividir la ciudadanía a través de la construcción de una ciudadanía devaluada que se fundamenta en la extensión del control de las fronteras nacionales al interior del territorio³². Bajo esta segunda clase de ciudadanía, el reconocimiento y la titularidad de los derechos se organiza sobre dos ideas. La primera es la vinculación entre derechos y mercado laboral porque la obtención de residencia pasa en la mayoría de casos por la obtención de un trabajo. La segunda idea es la progresividad; de

equilibrios en términos de riqueza, estatus y poder que genera el falso universalismo de la ciudadanía y propone la participación e inclusión de todas las personas como una forma de progresión inclusiva, plantea una forma de ciudadanía universal ideal. I.M. YOUNG, "Polity and Group difference: A Critique of the ideal of Universal Citizenship", *Ethics*, vol. 99, núm. 2, 1989, pp. 250-274. En España, véase B. ALAÉZ, *Nacionalidad y ciudadanía*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008.

³⁰ Tomas Hammar teorizó la categoría de la *denizenship* como un estatuto intermedio entre el no-nacional y el nacional, donde el reconocimiento de los derechos y libertades se plantea de manera gradual en función del tiempo de residencia y los vínculos con el Estado, una especie de ciudadanía funcional. T. HAMMAR, *Democracy and the Nation State: Aliens, Denizens and Citizens in a World of International Migration*, Avebury, Aldershot, 1990. En un sentido similar, R. BRUBAKER, *Citizenship and nationalhood in France and Germany*, Harvard University Press, Harvard, 1992, pp.180 y ss. No obstante, tal y como señala Javier de Lucas la categoría de los *denizenship* y la tendencia a la equiparación en los derechos con los nacionales no alcanza en la mayoría de los Estados a la clase de derechos que definen la ciudadanía política, a los derechos políticos. J. DE LUCAS, La ciudadanía basada en la residencia y el ejercicio de los derechos políticos de los inmigrantes, Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, núm. 13, 2006

³¹ Frente a visión restrictiva del estatuto migratorio que excluye a aquellas personas que se encuentran en situación irregular Linda Bosniak sostiene que el principio democrático impele el reconocimiento de los derechos y libertades a partir no sólo de la residencia, sino también de la presencia en el territorio. L. BOSNIAK, "Being Here: Ethical Territoriality ... op.cit.

³² L. BOSNIAK, *The Citizen and the Alien. Dilemmas of Contemporary Membership*, Princeton University Press, Princeton, 2008, pp. 2-16.

manera que, entre más cerca o lejos el estatuto que posee el migrante se encuentre de la nacionalidad, el conjunto de derechos y libertades reconocidos será mayor o menor³³. Por consiguiente, la configuración de los derechos de los otros es la construcción, por vía de la legislación de extranjería, de un sistema complejo de estatutos basados en diferentes tipos de autorizaciones de residencia. En este modelo los derechos quedan subordinados a la categoría legal específica que cada persona tiene dentro del sistema migratorio de cada Estado o a la ausencia de la misma y los estatutos migratorios son la base que determina y condiciona los niveles de inclusión y de exclusión.

La estructura de los distintos estatutos migratorios tiene como resultado la fragmentación y estratificación de los derechos y libertades de los migrantes, de forma que, el pool de derechos sociales se amplía o reduce en función del tipo de autorización o de la ausencia de ésta. Esta estratificación se escenifica bajo dos manifestaciones. Bajo la primera, los derechos dependen tanto del tiempo en que el migrante lleve en el territorio, como de su adecuación o cumplimiento de la legislación de extranjería. Aquí, en la cúspide se encuentra la residencia permanente y a la cual se le reconoce un amplio número de derechos sociales³⁴, mientras que en el suelo de la pirámide se encontraría el migrante en situación irregular. El fundamento de esta fragmentación se basa en la valoración del comportamiento individual del migrante de modo que, se entiende como apropiado y merecedor de un mejor estatuto a los migrantes que conocen la lengua y la cultura, aportan económicamente

³³ Por ejemplo, en materia de la titularidad y acceso a los derechos sociales el migrante titular de la residencia permanente esta formalmente equiparado al nacional mientras que, en el otro extremo, el migrante que se encuentra en situación irregular la base de la exclusión es muy profunda, de forma que se le niega el acceso a los derechos más básicos, incluidos la gran mayoría de derechos sociales. Linda Morris sostiene que el sistema de estratificación de derechos es un dispositivo central en la gestión de la migración, de forma que la presencia irregular en el territorio se ubica en el lugar de mayor exclusión. L. MORRIS, *Managing Migration. Civic stratification and migrant's rights*, Routledge, London, 2002, pp.27.

³⁴ Regulación del Estatuto de residente permanente se encuentra previsto en *Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración*. La directiva garantiza en su art. 11 la igualdad de trato respecto de los nacionales en el acceso al empleo, al derecho a la educación y formación profesional, las prestaciones de la seguridad social, de la asistencia social, así como las ayudas en materia de vivienda. En la legislación nacional la transposición de la directiva configuro un régimen dual de residencia de larga duración (art. 147 RLODYLE) y larga duración UE (art. 151 RLODYLE). En todo caso, la igualdad de trato en el acceso a los derechos sociales se garantiza a los dos estatutos.

a la sociedad y tienen un comportamiento adecuado que se traduce en el cumplimiento de la legislación de extranjería y el resto de normas³⁵.

El segundo tipo de estratificación tiene lugar en el marco de la valoración social que se adjudica a las aptitudes y habilidades que posee el o la migrante y su potencial aportación a la economía a la sociedad de llegada. En la cúspide de la pirámide se sitúa la migración altamente cualificada y a quienes el ordenamiento migratorio reconoce un estatuto en términos de derechos sumamente privilegiado³⁶. Esta figura está pensada para la integración en sectores laborales como las telecomunicaciones, la investigación científica, es decir, sectores altamente tecnificados. Además, el reconocimiento más amplio de derechos, respecto del resto de estatutos, se enmarca en un contexto de competición entre los Estados por captar y atraer los trabajadores migrantes más talentosos³⁷. En esta pirámide, la valoración que por vía del sistema de leyes migratorias se otorga a las aptitudes de los y las trabajadoras migrantes va descendiendo hasta llegar al migrante de baja cualificación o los solicitantes de asilo. En conexión a la estratificación construida, los derechos y libertades también van disminuyendo en función del menor valor que se le adjudica al o la migrante.

³⁵ Los procedimientos previstos en la normativa de extranjería relativos al arraigo y las renovaciones de las autorizaciones de residencia son un claro ejemplo. El procedimiento de arraigo social que permite la regularización individual del migrante requiere la existencia de un contrato laboral de al menos 1 año, carecer de antecedentes penales (e incluso la administración de extranjería manera discrecional también valora los antecedentes policiales) y un informe positivo de integración social emitido por las Comunidades autónomas (art. 124 RLODYLE). En cuanto a los requisitos de las renovaciones de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta propia y por cuenta ajena el modelo es similar: cotización continuada a la Seguridad social, la carencia de antecedentes penales y el informe de valoración de integración (art. 71 y 109 RLODYLE).

³⁶ El estatuto del inmigrante altamente cualificado se encuentra regulado en *Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado*. Este estatuto reconoce el acceso a los derechos sociales desde el primer momento en que se concede la residencia (es decir no hace falta esperar los 5 años de residencia); el derecho a viajar con la familia al país de destino desde el inicio del viaje (es decir quedan excluidos de los requisitos previstos para la reagrupación familiar) y pasados dos años el derecho a residir y trabajar en cualquier Estado miembro de la UE.

³⁷ A. SHACHAR, "Picking Winners: Olympic Citizenship and the Global Race for Talent", *Yale Law Journal*, vol. 120, núm 8, 2011, pp. 2088-2129. Sobre el marco de las políticas de la Unión Europea y la inmigración altamente cualificada véase, A. SOLANES, La apertura: nacionalidad y mercado frente a la movilidad humana, en J. DE LUCAS y A. SOLANES (Eds.), *La igualdad de los derechos: claves de la integración*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 75-84.

La estratificación y fragmentación del estatuto migratorio y de los derechos y libertades de los migrantes no es una construcción aislada de la configuración de los movimientos migratorios a escala mundial. Tal y como sostiene Saskia Sassen, la internacionalización de la economía y concretamente la internacionalización de la industria de los servicios que subyace bajo los flujos migratorios supone la constitución de un nuevo sistema económico y social jerarquizado³⁸. En este marco, al mismo tiempo que la migración internacional de mano de obra altamente cualificada es promovida para integrarse en los mercados mundiales, también se fomenta la migración de empleos en sectores laborales intensivos en mano de obra, socialmente valorados como poco cualificados y peor pagados pero igualmente necesarios como el sector de cuidados, la industria o la construcción. Por consiguiente, la estratificación de los derechos en base a la valoración de las cualidades y aptitudes del o la migrante tiene como telón de fondo la jerarquización económica y social de los movimientos de flujos migratorios a escala global.

Por otra parte, siguiendo el análisis de Yasemin Soysal, las transformaciones del Estado del bienestar tras la implantación de las políticas neoliberales han supuesto que el proyecto social europeo se re-direccione hacia un modelo que fomenta la ideología del trabajador flexible, talentoso y activo, donde además las actuaciones en materia social son entendidas como inversión en capital humano y dirigidas a la integración de las personas en el mercado laboral. La traslación de esta concepción del Estado social al campo de la migración supone privilegiar la individualidad, de forma que la residencia es concebida como algo que debe ser ganado en base a la valoración individual y a quien puede contribuir y ser productivo³⁹. Entonces, la asignación de los derechos con base en la contribución y el comportamiento individual de las personas, no es sólo una cuestión de organizar racionalmente los estatutos migratorios en función del vínculo con el territorio, sino también la materialización de un modelo económico como es el modelo el neoliberal que premia la individualidad y la capacidad productiva de las personas.

³⁸ S. SASSEN, *Una sociología de la Globalización*, Katz editores, Madrid, 2007, pp.166-204.

³⁹ Y. SOYSAL, "Citizenship, immigration and the European social Project: rights and obligations of individuality, *the British Journal of Sociology*, vol 63, núm 1, 2012. En un sentido similar para Ángeles Solanes el punto de partida sobre el reconocimiento y garantía de los derechos es que se conciben "como un *premio* al inmigrante que ha conseguido obtener y mantener un permiso de residencia, olvidando que los derechos fundamentales van directamente unidos a la condición de persona y no a la residencia, e institucionalizando así la exclusión". A. SOLANES, *El acceso a los derechos sociales por parte de los inmigrantes ... op.cit.*, pp. 251-252.

La fragmentación de los derechos en el marco de los sistemas migratorios no niega que la nacionalidad continúa siendo el atributo que determina jurídicamente la posibilidad de disfrutar de los derechos sociales en igualdad de condiciones. Pero, una vez el vínculo entre derechos y nacionalidad se amplía e incluye también a las distintas formas de residencia o la presencia en el territorio, entonces la base de las exclusiones acaba desplazándose también a las diferentes tipologías de residencia previstas por la legislación de extranjería. En la mayoría de los casos las diferencias en cuanto a la titularidad de los derechos sociales no se ubican en el eje nacional-no nacional⁴⁰, sino en los ejes que marcan los diferentes tipos de permiso de residencia o la situación administrativa regular e irregular⁴¹.

Volviendo a la jurisprudencia del TEDH en materia de derechos sociales, los asuntos *Okpizs c. Alemania* (2005) y *Niedzwiecki contra Alemania* (2005) ponen de manifiesto que las restricciones a los derechos sociales están directamente relacionadas con la fragmentación del estatuto migratorio. En el asunto *Okpizs y Niedzwiecki* se alega la vulneración del art. 8 CEDH en conjunción con el art. 14 CEDH porque el Gobierno alemán deniega una ayuda por hijo a cargo en razón del tipo de residencia de los demandantes (residencia por motivos excepcionales). En este caso, el TEDH afirma que no se pronunciará sobre la base que justifica las diferencias en el acceso y disfrute de los beneficios sociales entre titulares de distintas categorías de permisos de residencia⁴². En el asunto *Mosser c. Austria* (2004)⁴³ se pide al Tribunal que analice si la irregularidad de la estancia de la demandante en Austria era uno de los factores que motivaron la denegación de ayudas por hijos a cargo. Nuevamente el Tribunal decide no entrar en esta cuestión. En todo caso, el silencio sobre la (in)compatibilidad entre el principio de no discriminación

⁴⁰ Las legislaciones internas de los Estados suelen incorporar algunas normas por las cuales se configura un régimen de derechos privilegiado para aquellos nacionales que provenían de las excolonias. En el caso de España, por ejemplo, el tiempo de residencia para acceder a la nacionalidad varía en función del país de procedencia. Además, la nacionalidad continúa siendo la única vía de acceso para el derecho al sufragio (art. 13 CE) y el derecho de acceso a la función pública. Por otra parte, tal y como señala Ángeles Solanes, las políticas de visado continúan fundándose sobre el criterio de la nacionalidad. A. SOLANES, *La apertura: nacionalidad y mercado frente a la movilidad humana ... op.cit.*, p. 69-75.

⁴¹ E. ROIG, "Los derechos de los extranjeros. Titularidad y límites", en M. REVENGA, (coord.) *Problemas constitucionales de la Inmigración: Una visión desde Italia y España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

⁴² Asunto *Okpizs c. Alemania*, de 25 de octubre de 2005 (App. 59140/00), párrafo. 33.

⁴³ Asunto *Mosser c. Austria*, de 21 de septiembre de 2006 (App. 12643/02).

del art. 14 CEDH y las denegaciones de los derechos en base a los estatus migratorios se rompe a partir de los asuntos *Anakomaba Yula c. Bélgica* (2009)⁴⁴; *Ponomaryovic c. Bulgaria* (2011)⁴⁵ y *Bah c. Reino Unido* (2011)⁴⁶.

2. LOS LÍMITES A LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS MIGRANTES: LA PROTECCIÓN DEL SISTEMA ECONÓMICO Y LAS CONTRIBUCIONES INDIVIDUALES A LAS ARCAS DEL ESTADO

De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, el art. 14 CEDH no prohíbe toda diferencia de trato, sino aquellas diferencias que carecen de una justificación objetiva y razonable. El test de la igualdad determina que toda medida adoptada por los Estados en la que se configuren tratos distintos debe tener como objetivo la persecución de una finalidad legítima y guardar una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se propone conseguir⁴⁷. No todo trato diferente comporta la vulneración del principio de igualdad, pero un trato que no supera el test de la igualdad es un trato discriminatorio.

Si trasladamos este análisis al campo de la inmigración nos encontramos que los Estados han justificado los tratos distintos a la población migrante sobre el acceso a los derechos sociales acudiendo a finalidades vinculadas con la prioridad de los nacionales o de los migrantes con residencia, con el control de los flujos migratorios y con los límites económicos⁴⁸. En este esce-

⁴⁴ Asunto *Anakomba Yula c. Bélgica*, de 10 de marzo de 2009 (App 45413/07).

⁴⁵ Asunto *Ponomaryovic c. Bulgaria*, de 21 de junio de 2011 (App 5335/05).

⁴⁶ Asunto *Bah c. Reino Unido*, de 27 de septiembre de 2011 (App 56328/07).

⁴⁷ Manual de legislación europea contra la discriminación, p. 44-47. Asunto *Régimen lingüístico belga* de 1968.

⁴⁸ En *Gayguzuz*, el Gobierno argumentó que la restricción a los no nacionales tenía como finalidad el acceso prioritario a los nacionales, asunto *Gayguzuz c. Francia*, párrafo 38. En *Koua Poirrez*, el Gobierno justificó que la distinción entre nacionales y extranjeros sobre las ayudas a discapacitados tenía como finalidad legítima el balance entre los ingresos y gastos del Estado del bienestar, asunto *Koua Poirrez c. Francia*, párrafo 43. En el mismo sentido, en *Anakomba Yula*, el Gobierno argumentó que la restricción a los migrantes en situación irregular del derecho a la asistencia jurídica gratuita perseguía como objetivo legítimo de reservar los fondos públicos a los migrantes con cierto grado de integración en el territorio, asunto *Anakomba Yula v. Belgium*, párrafo 29. En *Bah*, el Reino Unido alegó que era totalmente razonable y proporcional excluir a los menores reagrupados del acceso prioritario a las ayudas de vivienda porque el criterio que se sigue es la adjudicación de recursos escasos es priorización a los migrantes con estatuto permanente, asunto *Bah c. Reino Unido*, párrafo 27. En *Weller* y

nario surge, entonces, la pregunta sobre cuáles son las finalidades legítimas a las que pueden acudir los Estados en uso de su soberanía para imponer restricciones a los derechos de los y las migrantes y cuándo esta capacidad debe estar constreñida por principios como la equidad y la no discriminación⁴⁹.

En el asunto *Andrejeva c. Letonia* (2009)⁵⁰ se reclama ante el TEDH la negativa del Gobierno Letón a incluir en el cómputo de la pensión parte de las cotizaciones realizadas por la demandante en Rusia en el periodo de la URSS. La demandante trabajó y cotizó a la Seguridad social de la URSS durante 20 años, posteriormente se trasladó a Letonia donde continuó cotizando. Tras la independencia de Rusia las autoridades letonas otorgaron a la demandante un permiso de residencia permanente, pero al momento de jubilarse se negaron a contabilizar los periodos cotizados en Rusia. En este caso, el Tribunal indicó que los Estados podían fijar regímenes de acceso a los derechos sociales en donde los individuos o determinados grupos fueran tratados de manera diferente, siempre que dicha medida tuviera como finalidad la protección del sistema económico del país. Por lo tanto, la contención del gasto público se sitúa como una finalidad legítima que amplía el margen de apreciación que tienen los Estados para restringir el régimen de acceso a los derechos sociales a determinados colectivos. De manera explícita, en el párrafo 83, el Tribunal afirma que:

“(...) the provisions of the Convention do not prevent Contracting States from introducing general policy schemes by way of legislative measures whereby a certain category or group of individuals is treated differently from others, provided that the interference with the rights of the statutory category or group as a whole can be justified under the Convention. (...) The Court accepts that the difference in treatment complained of pursues at least one legitimate aim that is broadly compatible with the general objectives of the Convention, namely the protection of the country’s economic system”⁵¹.

Ponomaryovi, las autoridades nacionales alegaron que los demandante querían abusar del sistema de bienestar, asunto *Weller. v. Hungry*, párrafo 36 y asunto *Ponomaryov v. Bulgaria*, párrafo 61. En *Dhaibi*, las autoridades griegas argumentaron que la diferencia de trato no tenía un objetivo discriminatorio, sino que estaba basada en razones presupuestarias, asunto *Dhaibi c. Grecia*, párrafo 44.

⁴⁹ S. SPENCER and J. POBJOY, “Equality for All? The Relationship between Immigration status and the Allocation of Rights in the United Kingdom”, *European Human Rights Law Review*, núm 2, 2008, pp.160-75.

⁵⁰ asunto *Andrejeva c. Letonia*, de 18 de febrero de 2009 (App. n° 55707/00).

⁵¹ asunto *Andrejeva c. Letonia* (App. n° 55707/00), de 18 de febrero de 2009 en [83-86].

Según el TEDH “las autoridades nacionales están mejor situadas que los jueces internacionales para apreciar *“what is in the public interest on social or economic grounds”* y, como regla general, la opción política adoptada por el legislador se entiende conforme al Convenio, excepto si, ésta es *“manifestly without reasonable foundation”*⁵². Por consiguiente, en materia de límites a los derechos sociales el Tribunal aplicó el mismo razonamiento desarrollado en casos anteriores relativos a los derechos sociales y económicos: cuando se deben tomar prioridades en un contexto de recursos limitados los Estados disfrutan de un amplio margen de apreciación en la planificación de las políticas públicas sobre los derechos sociales⁵³. En este marco, los Estados pueden razonablemente configurar políticas de acceso diferenciadas a determinados grupos o colectivos sobre el disfrute de los derechos sociales.

Posteriormente, en *Ponomaryovi c. Bulgaria* (2011) el Tribunal introduce la idea de la contribución a los fondos públicos como el criterio válido para designar los grupos o individuos a quienes los Estados pueden reconocer o denegar de manera legítima su participación en los programas sociales o el acceso a las ayudas públicas. En este caso, dos nacionales rusos que residían legalmente en Bulgaria en base a la residencia permanente de su madre pier-

⁵² En asunto *Ponomaryov c. Bulgaria* (2011) párrafo 52, el Tribunal señala que: *“the States are usually allowed a wide margin of appreciation when it comes to general measures of economic or social strategy”*.

⁵³ En el asunto *Senteges c. Países bajos* sobre la denegación de prestaciones sanitarias el Tribunal indicó que *“This margin of appreciation is even wider when, as in the present case, the issues involve an assessment of the priorities in the context of the allocation of limited State resources. In view of their familiarity with the demands made on the health care system as well as with the funds available to meet those demands, the national authorities are in a better position to carry out this assessment than an international court”*, asunto *Senteges c. Países bajos*, decisión sobre la admisión de 8 de julio de 2003, (App. n°27677/02). Véase también asunto *James and Others c. Reino Unido*, 21 Febrero 1986, (App. n°. 8793/79) párrafo 46; asunto *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, 23 de octubre de 1997 (App. n° 117/1996/736/933-935), párrafo 80; asunto *Stec and Others C. Reino Unido*, 12 de abril de 2006 (App. n° 65731/01 y 65900/01) párrafo 52. En los casos en donde los demandantes se encuentran bajo la custodia de los Estados (personas privadas de libertad o regímenes similares) entonces el margen de apreciación es mucho mejor y los Estados tienen la obligación de garantizar las condiciones dignas mínimas incluida la protección de la salud. Asunto *Keenan c. Reino Unido* (App. n°27229/95), de 9 de abril del 2001; asunto *McGlinchey y otros c. Reino Unido* (App.50390/3), de 29 de abril del 2003. PALMER, “Protecting socio-economic rights through the European Convention on Human Rights: trends and developments in the European Court of Human Rights”, *Erasmus Law Review*, vol 2, núm 4, 2009, pp. 404; L. CLEMENTS and A. SIMMONS, “European Court of Human Rights” ...op.cit., pp. 427.

den su estatuto cuando llegan a la mayoría de edad. En ese momento, los demandantes se encontraban cursando la educación secundaria y para poder continuar las clases y graduarse las autoridades búlgaras les piden el pago de las tasas. De acuerdo con la legislación interna sólo los nacionales y residentes permanentes estaban exentos del pago de tasas para la educación secundaria. Aquí, la pregunta que se plantea el Tribunal es si resulta conforme al art. 14 CEDH que un Estado deniegue el acceso a la educación secundaria a un grupo determinado de personas o configure un régimen distinto basado en su estatus migratorio. En su respuesta, el TEDH recuerda el principio que había expuesto previamente en *Alejadreva*: “los objetivos económicos justifican las políticas que diferencian a determinados grupos o individuos en el régimen de disfrute de los derechos”⁵⁴. Pero, además, en *Ponomaryovi* se incorpora la idea que la contribución económica del migrante a los fondos del Estado es el criterio que le ubica como legítimo receptor de la solidaridad social (programas del Estado del bienestar, beneficios públicos y sanidad) y al mismo tiempo le protege frente a la diferencia de trato:

“a State may have legitimate reasons for curtailing the use of resource-hungry public services –such as welfare programs, public benefits and health care– by short-term and illegal immigrants, who, as a rule, do not contribute to their funding”⁵⁵.

El argumento de la contribución a los fondos públicos como criterio que ubica al o la migrante en una posición comparable respecto de los nacionales se reitera en *Bah c. Reino Unido* (2010). En este caso, el Tribunal afirma la conformidad con Convenio de la denegación del acceso prioritario a las ayudas de vivienda a una mujer nacional de Sierra Leona y a su hijo menor de edad porque, pese a que, la demandante tenía la residencia permanente no se encontraban dentro del grupo de personas que contribuían a los fondos públicos⁵⁶. En *Dhahbi c. Italia* (2014) sobre el acceso a una prestación familiar a un residente permanente, el Tribunal recuerda que los Estados deben aportar razones de peso para que las diferencias de trato sobre el acceso a las ayudas familiares en base a la nacionalidad no sean declaradas contrarias al art. 14 CEDH. Y, también se reafirma que los y las migrantes de corta duración y aquellos que han vulnerado la legislación de extranjería (migrantes en si-

⁵⁴ Asunto *Ponomaryov c. Bulgaria*, 2011, párrafo 52. (traducción propia).

⁵⁵ Idem, párrafo 54.

⁵⁶ Asunto *Bah c. Reino Unido*, 2011, párrafo 50.

tuación irregular) son colectivos que como regla general no contribuyen a la financiación general de los servicios públicos y, por lo tanto, el Estado puede tener legítimas razones para excluirlos de los servicios básicos como la seguridad social, las ayudas públicas o la sanidad⁵⁷. Nuevamente, el Tribunal ratifica el vínculo entre la garantía de los derechos sociales en igualdad de condiciones y la contribución que individualmente realizan los y las migrantes a los fondos públicos del Estado

Es cierto, como indican Spencer y Pobjoy que el Tribunal ha declarado que bajo ciertas circunstancias los y las migrantes son considerados en una posición de igualdad respecto de los nacionales en aplicación del art. 14 CEDH. En este marco, el Tribunal ha puesto especial atención a cualquier circunstancia que vincule al individuo con el Estado, incluso en situaciones de migrantes que se encontraban en situación irregular⁵⁸. En *Ponomaryovi*, los demandantes al llegar a la mayoría de edad habían perdido la autorización de residencia. No obstante, las circunstancias específicas de los demandantes: el alto nivel de integración y la no intención de abusar del Estado del bienestar, así como la importancia de la educación llevan al Tribunal a declarar que el Estado búlgaro había vulnerado el art. 2 del Protocolo 1 en conjunción con el art. 14 CEDH⁵⁹. En *Anakomba Yula c. Bélgica* (2009)⁶⁰ las autoridades belgas deniegan la asistencia jurídica gratuita en una demanda de paternidad a una nacionalidad congoleña que vivía en Bélgica porque se encontraba en situación irregular. Aquí el Tribunal desarrolla la idea que “la restricción de asistencia judicial a los migrantes irregulares persiguen el objetivo legítimo de la reserva de recursos públicos para los inmigrantes con un cierto grado de integración en el territorio”. Sin embargo, declara la vulneración del art. 6 CEDH tras valorar los costes de la asistencia jurídica y las circunstancias particulares de la solicitante.

En términos generales puede decirse que en lo que se refiere al diseño de las políticas sociales el Tribunal otorga un amplio margen de apreciación a los Estados en razón de que son ellos quienes mejor pueden evaluar las políticas a través de las que se distribuyen los recursos en el marco de las previsiones presupuestarias y del coste económico de los derechos sociales. En todo caso, cuando el elemento migratorio entra a ser valorado en el mar-

⁵⁷ Asunto *Dhahbi c. Italia*, 2014, párrafo 52.

⁵⁸ S. SPENCER and J. POBJOY, “Equality for All?... op.cit., pp. 165.

⁵⁹ Asunto *Ponomaryov c. Bulgaria* (2011) párrafo 54.

⁶⁰ Asunto *Anakomba Yula c. Bélgica* (2009), párrafo 29-30.

co del juicio de la razonabilidad, la consecuencia es la introducción de un nuevo factor que vincula la contribución económica individual de los y las migrantes a los fondos o arcas públicas del Estado con el derecho a beneficiarse de las políticas sociales. Es decir, el criterio que ubica al migrante en una posición de igualdad frente al nacional o a otros estatutos migratorios es su aportación en términos del pago de impuestos y contribución al régimen de la Seguridad social. De modo que, son estas aportaciones el elemento que confiere al o la migrante la protección del art. 14 CEDH. Aquí, entonces, cabría recordar las reflexiones de Yasemine Soysal sobre las valoraciones de los comportamientos individuales como criterio que legitima la participación del migrante en el Estado del bienestar.

Bajo la argumentación del Tribunal, la limitación económica de los derechos es un criterio que se aplica sólo a los derechos sociales, cuando la doctrina ha demostrado ampliamente que el coste económico de los derechos es una característica predicable también a las libertades civiles y a los derechos políticos⁶¹. Pero, además, la contribución económica al sistema (no ser migrante de corta duración, ni tampoco encontrarse en situación irregular) se sitúa como un valor preponderante sobre cualquier otro interés legítimo como puede ser la situación personal o de necesidad de los y las solicitantes. En un caso como *Bah*, la demandante se vio obligada a dormir en la calle con su hijo menor de edad. Sin embargo, la denegación por parte de los servicios sociales de las ayudas económicas en materia de vivienda se justificó en el hecho que el menor había llegado hacía pocos meses al Reino Unido y su estatuto de residencia le excluía de manera expresa el acceso a cualquier tipo de ayuda pública. El razonamiento del Tribunal que legitima la exclusión de los derechos sociales a los migrantes que llevan poco tiempo en el territorio y a quienes se encuentran en situación irregular significa dejar fuera del sistema de protección justamente a los colectivos de migrantes que se encuentran en una situación de mayor necesidad o incluso vulnerabilidad. La lógica de la rentabilidad que valora las aportaciones a la sociedad únicamente en tér-

⁶¹ La concepción de los recursos económicos como límites a los derechos sociales, en tanto su carácter o naturaleza de derechos costosos ha sido ampliamente rebatida por la doctrina. Véase C. FABRE, *Social Rights Under the Constitution: Government and the Decent Life*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 41 y ss; V. ABRAMOVICH y C. CURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed. Trotta, Madrid, 2002, p.19-47; G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías ... op.cit.*, pp.60-67. Autores como HOLMES y SUNSTEIN sostienen que todos los derechos, incluidas también las libertades, tienen un costo económico, S. HOLMES and C. SUNSTEIN, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes.*, W. W., New York, 1999.

minos de contribución o no-contribución abre un camino peligroso debido a que sólo aquellos que contribuyan al sistema de la Seguridad social tendrían derecho a reclamar los beneficios y, como resultado, muchos de los migrantes que viven en situaciones de vulnerabilidad se verían privados de toda protección.

Por otra parte, las finalidades vinculadas al ahorro público o a la distribución de los recursos escasos pueden fácilmente ocultar un trato discriminatorio, en especial cuando el estatuto migratorio se basa justamente en categorías como la nacionalidad, la raza o la etnia, características que han sido identificadas como criterios sospechosos de fundamentar un trato discriminatorio⁶². Entonces, si los intereses económicos justifican la denegación o la rebaja de los derechos sociales y económicos de los migrantes, existe una amenaza potencial que los Estados acudan a esta argumentación para apoyar cualquier tratamiento diferencial entre los colectivos. Esto es así, porque la reducción de los potenciales destinatarios de cualquiera de los beneficios o derechos sociales tendrá el mismo efecto en términos de ahorro presupuestario. De hecho, en todos los casos presentados ante el TEDH los Estados acudieron a los argumentos sobre la distribución racional de los fondos presupuestarios. En consecuencia, a través del razonamiento económico, la exclusión del colectivo migrante puede ser fácilmente justificada y cualquier análisis de trato discriminatorio fácilmente borrado. Además, el argumento relativo a las decisiones financieras es excesivamente ambiguo y resulta prácticamente imposible determinar en qué grado el recorte responde a un criterio de ahorro público razonable y en qué grado el objetivo es excluir a un determinado colectivo de migrantes.

En el análisis sobre la relación entre la inclusión / exclusión y derechos sociales, Diane Sainsbury concluye que los derechos sociales de los inmigrantes tienden a seguir las vicisitudes de la expansión y contención del Estado de bienestar. Desde un punto de vista general, los inmigrantes se han beneficiado del crecimiento de los derechos, mientras que se han sido desproporcionalmente afectados en los momentos de crisis económica y recortes sociales⁶³. Por lo tanto, en el marco de las reformas al sistema de bienestar hay una mayor predisposición de los Estados a restringir los derechos so-

⁶² S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 117. Como ya se ha indicado para el TEDH la nacionalidad, la raza y la etnia son cláusulas sospechas de ser discriminatorios. Pero en ningún caso se extiende o se vincula con el estatuto migratorio.

⁶³ D. SAINSBURY, *Welfare States and Immigrants Rights ...* cit., p.281.

ciales de los migrantes. De hecho, no es una práctica aislada que los Estados acudan al ahorro económico para respaldar medidas muy controvertidas. Por ejemplo, en el año 2012, el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones restringió el acceso a la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares⁶⁴. El retroceso en el derecho a la salud se justificó en los efectos que la crisis económica estaba teniendo sobre el Estado y en la necesidad de garantizar la solvencia y la viabilidad del sistema de salud. Sin embargo, diversos estudios muestran que la inmigración no ha tenido un impacto económico negativo sobre el gasto del sistema sanitario⁶⁵.

El argumento relativo a la racionalización y gestión adecuada de los fondos públicos como objetivo legítimo para limitar los derechos sociales se utiliza cuando en realidad lo que se pretende es diferenciar entre el “buen migrante” que cumple con la legislación de extranjería trabaja y contribuye y el “mal migrante” que se encuentra en situación irregular y de quien se deduce que poco puede la sociedad beneficiarse de él⁶⁶. Incluso, la restricción de los

⁶⁴ Real Decreto Ley 12/2002, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones restringió el acceso pleno a los servicios sanitarios. Según la reforma los migrantes en situación administrativa irregular tienen derecho sólo a los servicios de urgencia, a los servicios previstos para mujeres embarazadas y los menores de edad y mujeres embarazadas. Al respecto véase A. SOLANES, “La salud como derecho en España: Reformas en un contexto de crisis económica”, *Derechos y Libertades*, núm. 31, 2014, pp. 127-161; V. AGUADO i CUDOLÀ, “Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del estado del bienestar”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, núm. 99-100, 2014, pp. 87-110.

⁶⁵ F.J. MORENO y M. BRUSQUETAS, *Inmigración y Estado de Bienestar*, Obra Social La Caixa, Barcelona, 2011; J. VICÉNS, *Impacto de la inmigración en el sistema de protección social*, Consejo Económico y Social España, Madrid, 2011; G. MALGESI, “Inmigración y economía”, en *Inmigrantes nuevos ciudadanos. ¿Hacia una España plural e intercultural*. Madrid, Fundación Cajas de Ahorros, 2008.

⁶⁶ En el análisis de las restricciones a los derechos sociales realizadas Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, Gerardo Pisarello argumenta que la reforma no consigue superar el juicio de razonabilidad. Por lo que, en el fondo lo que se pretende es establecer dos categorías diferenciadas de inmigrantes: “el “buen inmigrante legal”, al que se le reconocen derechos mas o menos razonables, pero de muy complicado acceso, y el “mal migrante ilegal”, al que se le culpabiliza y criminaliza por su situación de ilegalidad y de vulnerabilidad, impidiéndole además salir de ella”. G. PISARELLO,

derechos a la población migrante, en muchas ocasiones, también responde a la instrumentalización de los derechos sociales en el marco de las política de control y selección de los flujos migratorios (sobre este último punto volveremos más adelante). Por lo tanto, para evitar que los objetivos vinculados al ahorro económico se conviertan en una justificación aparentemente válida que en realidad oculta la aplicación de un criterio discriminatorio otros intereses como el principio de solidaridad o el principio de territorialidad ética⁶⁷ deben también ser puestos sobre la mesa. El razonamiento sobre los límites a los derechos sociales no puede girar únicamente sobre la lógica de la contribución y del ahorro. Entre otras razones, porque principios de alcance colectivo como la solidaridad o la inclusión también entran en juego.

Sin duda la gestión eficiente de los recursos públicos es una finalidad no sólo legítima sino que, además, es un principio exigible a todos los poderes públicos. No obstante, la trampa se encuentra cuando la eficiencia se mide o valora única y exclusivamente como un criterio de reducción del gasto público. Es más, el retroceso en los derechos sociales y el recorte en el gasto público social no puede calificarse como una gestión eficiente de los recursos públicos. Un sistema de protección social que excluye del sistema a una parte de la población que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, es un sistema no eficiente. La negación de los derechos sociales merma la autonomía de las personas de manera que se dificulta o disminuye las posibilidades de sobreponerse frente a situaciones de exclusión. Por otra parte, si la preocupación de los Estados se encuentra en suprimir los recursos destinados a las personas que se encuentran en situación irregular, entonces cabe señalar que en muchas ocasiones la imposibilidad de cubrir las necesidades básicas tiene origen justamente en la denegación de las autorizaciones de residencia y trabajo. Es decir, se omite que es el propio sistema de extranjería el que deja al migrante en situación de precariedad y vulnerabilidad.

"Derechos sociales, democracia, e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática y evolutiva", en M.J. AÑON (ed.), *La universalidad de los derechos sociales ...* op.cit, pp. 83.

⁶⁷ L. BOSNIAK "Being Here: Ethical Territoriality ... op.cit., El principio de territorialidad ética descrito por Linda Bosniak significa la convicción que la presencia física dentro del territorio de un Estado debe ser la base para extenderles un número importante de derechos y reconocimiento. La autora rechaza la idea de la inclusión basada en diferentes niveles porque ésta es una visión antiética frente a los principios democráticos y liberales. En contraste propone que los derechos y el reconocimiento deriven de la presencia de la persona en el territorio.

Pero, además, incluso admitiendo que el principio de preservación de los recursos públicos se sitúa como una finalidad legítima para restringir los derechos sociales, ésta no puede traducirse en un valor fundamental que tiene preeminencia en todas las situaciones. El esquema coste-beneficio que aplica el Tribunal valora a nivel marco el beneficio que las restricciones a los derechos pueden aportar al ahorro del gasto público y a nivel micro las aportaciones que de manera individual realiza cada migrante a las arcas públicas, pero omite los beneficios que la universalidad de los derechos sociales representa para la cohesión social y la integración. Hay un interés compensatorio en la política pública para garantizar que los migrantes no sean tratados de manera desfavorable a causa de sus características personales o estatus migratorios, elementos que están fuera de su control inmediato⁶⁸. Por consiguiente, el control del gasto público entendido como un objetivo legítimo no puede utilizarse como excusa para restringir los beneficios dirigidos a cubrir las necesidades sociales de grupos o personas en situación de vulnerabilidad como los migrantes recién llegados o en situación irregular que, por otra parte, son justamente los grupos que el TEDH decide excluir⁶⁹. Esto se debe a que las ventajas que se obtienen mediante la restricción del gasto público no compensan la injerencia en el derecho a la vida y la integridad física de las personas y los beneficios que colectivamente se derivan de los procesos

⁶⁸ B. SAUL, "Migrating to Australia with Disabilities: Non-Discrimination and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *Australian Journal of Human Rights*, núm 16, 2010, pp.63-104. Nota extraída de S. SPENCER and J. POBJOY, "The relationship between immigration status and rights in the UK: Exploring the Rationale", COMPAS Working Paper, 2011, pp. 40.

⁶⁹ La Resolución de la Asamblea General de la ONU de 18 de marzo de 2005, sobre Protección de los Migrantes afirma que la migración supone la puesta en una situación de vulnerabilidad: "consciente de que el número de migrantes es cada vez mayor en todo el mundo, y teniendo presente la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los migrantes y sus familiares debido, entre otras cosas, a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que enfrentan a causa de las diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen a que deben hacer frente los migrantes sin documentación o en situación irregular". Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad define la situación de vulnerabilidad de la siguiente forma: "se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico". En el primer inciso de la Regla (13) establece que "el desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabilidad, especialmente en los supuestos de los trabajadores migratorios y sus familiares".

de inclusión y reconocimiento. Asimismo, hay que tener presente el reconocimiento de los derechos sociales contribuyen a reequilibrar las relaciones inequitativas en términos de poder, estatus y riqueza que hay detrás del estatuto jurídico migratorio⁷⁰.

Los logros de la inclusión social no pueden ser alcanzados bajo la falsa lógica de las prestaciones sociales condicionadas. De hecho, tras la reforma del Real Decreto Ley 16/2012, que limita el derecho a la salud de los migrantes en situación irregular, varias Comunidades autónomas, tras ponderar el ahorro público que podía conllevar la reforma y los perjuicios a la salud pública, decidieron continuar prestando la atención sanitaria a la población migrante en situación irregular⁷¹.

Es cierto que el TEDH ha dado un paso hacia la universalidad de los derechos cuando las diferencias de trato basadas en la nacionalidad quedan sujetas al juicio estricto de la razonabilidad. Sin embargo, tampoco puede afirmarse que la construcción o el vínculo entre el acceso a los derechos sociales y la garantía del principio de igualdad para la población del origen migrante se construya desde la perspectiva de la universalidad⁷². Esto es así porque, el elemento que sitúa a los migrantes en igualdad de posición respecto de los nacionales y entre los propios migrantes es la contribución económica que de manera individual realiza cada persona al sistema. En este sentido, el Tribunal desarrolla una visión economicista e individualista de los derechos, donde el nexo entre el derecho a disfrutar de las prestaciones sociales queda

⁷⁰ En este sentido, Javier de Lucas argumenta que la exclusión de los derechos sociales y políticos de la población es un problema de inclusión en términos de empoderamiento. Donde resulta necesario mantener las relaciones de subordinación y discriminación a través de la denegación de los derechos por vía de las leyes de extranjería. J. DE LUCAS, "Reconocimiento, inclusión, ciudadanía. Los derechos sociales de los inmigrantes", en M.J. AÑÓN (ed.), *La universalidad de los derechos* cit., pp.28-36.

⁷¹ La Comunidad Autónoma de Cataluña promulgó una orden destinada a asegurar el acceso a los servicios de salud para los inmigrantes con un año de presencia en su territorio, independientemente de su situación migratoria. El informe adjunto explica que "después de equilibrar los ahorros financieros y los daños en el sistema de salud pública que resultaría de dejar de lado una parte de la población de la misma, el Gobierno catalán decidió reincorporar a los inmigrantes excluidos por la reforma española". Instrucción 10/2012, de acceso a la asistencia sanitaria de cobertura pública del CatSalut a los ciudadanos extranjeros empadronados en Cataluña que no tienen la condición de asegurados o beneficiarios del Sistema Nacional de Salud. Instrucción reformada recientemente por la Instrucción 08/2015.

⁷² Sobre la universalidad de los derechos sociales véase C. LEMA, "Derechos sociales para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales", *Derechos y Libertades*, núm. 22, 2010, pp.179-203.

directamente vinculando a la contribución a las arcas públicas del Estado del o la migrante.

3. CUANDO EL ESTATUTO MIGRATORIO ENTRA EN JUEGO EN EL ESTUDIO DEL TRATO DISCRIMINATORIO

Otro de los puntos claves a la hora de analizar el principio de igualdad y no discriminación en materia de derechos sociales e inmigración es justamente desvelar el rol que juega, ya no el origen nacional, sino los estatutos migratorios en el marco del art. 14 CEDH. El inciso final del art. 14 CEDH prevé una cláusula abierta “cualquier otra situación” que permite la introducción de otros motivos de discriminación distintos a los previstos de manera expresa. Entonces, la cuestión que debe analizarse es si el estatuto migratorio puede entrar a formar parte de las cláusulas discriminatorias del art. 14 CEDH. Es decir, si la estratificación construida a través de las categorías migratorias debe ser evaluada desde el prisma del principio de igualdad y no discriminación.

Los asuntos *Gaguzus*, *Koua Porriez*, *Dhabai* y *Fawsie* fueron analizados a la luz de la cláusula de nacionalidad, entre otras razones porque la base de la exclusión de las prestaciones asistenciales en la legislación social era justamente la nacionalidad. Las diferencias de trato que se originan en el estatuto migratorio comienzan a ser visibles a partir de los asuntos *Niedzwiecki* y *Okpysz*, pero como ya se ha indicado anteriormente el Tribunal rechaza expresamente analizar esta cuestión. En *Mosser* y *Anakomba*, las demandantes se encontraban en situación irregular y la base de la exclusión era justamente la irregularidad de su estancia. Sin embargo, el Tribunal se dedica a resolver la cuestión concreta sobre la denegación de la prestación sin entrar a evaluar el estatuto de la irregularidad y su papel en el marco del art. 14 CEDH.

El rol que tiene el estatuto migratorio en marco del estudio del principio de igualdad y no discriminación decide abordarse en dos casos resueltos en 2011. El primero es *Ponomaryovi c. Bulgaria* (2011), que como ya se explicó anteriormente, el Tribunal desarrolla la idea que “*States may have legitimate reason for curtailing the use of resource-hungry public-services –such as welfare programmes, public benefits and health care– by short-term and illegal immigrants, who, as a rule, do not contribute to theirs funding*”⁷³.

⁷³ Asunto *Ponomaryovi c. Bulgaria*, 2011, párrafo 54.

Dos meses después de *Ponomaryovi*, el TEDH decidió abordar el análisis del estatuto migratorio en *Bah c. el Reino Unido* (2011). En este caso, a una mujer de Sierra Leona con residencia permanente en el Reino Unido le deniegan el acceso prioritario a los servicios de vivienda en base a que su hijo tenía el estatuto de reagrupado. Según la legislación inglesa, las personas que llegaban al Reino Unido en el marco de la reagrupación familiar quedaban sujetos a una cláusula de no acceso a las ayudas del Estado del bienestar. La demandante alega la vulneración del art. 8 CEDH en conjunción con el art. 14 CEDH. La primera cuestión que debe resolver el Tribunal son las alegaciones del Gobierno del Reino Unido relativas a la inadmisibilidad del recurso, dado que a juicio del Estado el recurso debe analizarse desde el punto de vista del art. 8 CEDH, pero no del art. 14 CEDH porque el estatuto migratorio es una categoría legal y no una característica personal⁷⁴. Sobre este punto el Tribunal afirma que:

*“The Court does not agree with the Government that immigration status cannot amount to a ground of distinction for the purposes of Article 14, since it is a legal rather than a personal status. (...) the fact that immigration status is a status conferred by law, rather than one which is inherent to the individual, does not preclude it from amounting to an “other status” for the purposes of Article 14”*⁷⁵.

La inclusión del estatus migratorio dentro del alcance del artículo 14 CEDH es un desarrollo significativo. En primer lugar, porque como indican Linda Bosniak y Sarah Spencer para el caso de las migraciones el estudio de la discriminación tiende a ser reconducido al criterio de la nacionalidad, mientras que los estatutos migratorios suelen ser ignorados, no obstante que es mediante el recurso a esta categoría que la ley niega o restringe el pleno disfrute de los derechos sociales, políticos y civiles⁷⁶. En segundo lugar, porque es justamente a través de la fragmentación y estratificación de los estatutos que las legislaciones y los tribunales nacionales amplían o reducen, con

⁷⁴ “The Government accepted that its subject matter fell within the ambit of Article 8. However, the Government contended that the differential treatment accorded to the applicant as a result of her son’s immigration status did not fall under Article 14, because the ground for differentiating was not his nationality or national origin but his immigration status, which was not an “other status” within the terms of Article 14. Immigration status being an entirely legal status and not a “personal characteristic”, the Government maintained that there was no discrimination falling foul of Article 14”, asunto *Bah c. Reino Unido*, párrafo 26.

⁷⁵ Idem, párrafos 45-46.

⁷⁶ L. BOSNIAK, *The citizen and the Alien ... op. cit.*, pp. 4; S. SPENCER and J. POBJOY, “Equality for All?... cit.

gran discrecionalidad, el acceso de los migrantes a los derechos vinculados al Estado del bienestar⁷⁷.

Sin embargo, en *Bah* también se indica que la inclusión de estatus migratorio dentro del ámbito del art. 14 CEDH no significa proporcionar el mismo nivel de protección que el otorgado a las otras cláusulas sospechosas de discriminación. Los casos en que la diferencia de trato tiene origen en alguna de las cláusulas como la nacionalidad, el sexo o la etnia, el análisis de la discriminación supone atribuirles la categoría de sospecha. En palabras del Tribunal “*very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference of treatment based exclusively on the ground of nationality as compatible with the Convention*”⁷⁸. Sin embargo, los casos en que la diferencia de trato tiene origen en el estatus migratorio, el TEDH opta por incorporar un criterio que permite reducir o disminuir el nivel de justificación requerida a los Estados y, por lo tanto, el margen de apreciación es mayor.

Según el TEDH, el hecho de que el estatus migratorio sea un estatus conferido por la ley, en lugar de uno inherente a la persona, no es impedimento para su incorporación en la cláusula de “otra condición social” del art. 14 CEDH. No obstante, a esta afirmación se adiciona la idea que el nivel de protección contra la discriminación debe ser menor porque la movilidad en el marco de los procesos migratorios es voluntaria o elegida. En *Bah* el Tribunal afirma que:

*“Given the element of choice involved in immigration status, therefore, while differential treatment based on this ground must still be objectively and reasonable justifiable, the justification required will not be as weighty as in the case of a distinction based, for example, on nationality”*⁷⁹.

⁷⁷ En el asunto *Bah contra el Reino Unido* también se cuestionó que en el estudio de la discriminación el TEDH hubiera acudido al criterio comparativo, sin tener en cuenta la situación de desventaja y subordinación de determinados grupos. A juicio de autoras como Timmer, este caso debió analizarse desde la perspectiva de la vulneración de la dignidad humana y si las reglas sobre el acceso a las ayudas de vivienda perpetúan a la subordinación de los grupos en situación de vulnerabilidad. A. TIMMER, *Bah. v. UK: on migration, discrimination and worrisome reasoning*, Strasbourg Observers, 2011

⁷⁸ Sobre las discriminaciones en razón del sexo véase asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, de 28 de mayo de 1985. Sobre las discriminaciones por razón de nacionalidad asunto *Gaygusuz c. Francia*, párrafo 42. Y las discriminaciones en razón de la raza véase Asunto *D.H. y Otros contra la República Checa* [GS], de 13 de noviembre de 2007, (App. 57325/00), párrafo 175; asunto *Timishev contra Rusia*, de 13 de marzo de 2006, (App. 55762/00 y 55974/00), párrafo 56; *Orusus y otros c. Croacia*, demanda, de 16 de marzo de 2010, (App.15766/03) párrafo 149; *Sakir c. Grecia*, de 24 de marzo de 2016 (App. 48475/09).

⁷⁹ Asunto, *Bah c. Reino Unido*, párrafo 47.

Mientras la diferencia en el acceso a los derechos sociales en base a la nacionalidad es claramente sospechosa, un trato distinto basado en la situación administrativa no atrae la misma sospecha⁸⁰. A juicio del Tribunal, la voluntariedad intrínseca que se infiere de los procesos migratorios es la base que atenúa el examen de la razonabilidad, de manera que, las diferencias de trato sobre las ayudas sociales basadas en el estatus migratorio requieren una justificación menos rigurosa por parte de los Estados.

Este razonamiento se confirmó posteriormente en *Hode y Abdi c. Reino Unido* (2012) donde se evalúan las restricciones a la reagrupación familiar de los refugiados. Según la legislación migratoria del Reino Unido, la reagrupación familiar del cónyuge de una persona refugiada requería que el matrimonio se hubiera celebrado antes que el refugiado o refugiada hubiera dejado el país de origen o hubiera llegado al Reino Unido. En caso que el matrimonio tuviera lugar con posterioridad a la llegada de la persona, entonces no podría optarse a la reagrupación de la pareja. En este caso, el Tribunal reafirma que “el hecho que el estatus migratorio sea un estatus conferido por ley, en lugar de uno que inherente a la persona, no le excluye de formar parte de la cláusula de “other status” del art. 14 CEDH”⁸¹. Pero, al mismo tiempo desarrolla la idea que “el argumento sobre la inclusión del estatuto de refugiado en el marco de cláusula “other status” es más fuerte, porque a diferencia del estatus migratorio, el estatus de refugiado no incorpora el elemento de elección”⁸². En el caso concreto, el Tribunal consideró que los refugiados que contraían matrimonio después de salir de su país de origen o al llegar al Reino Unido se encontraban en una situación análoga de aquellos que habían contraído matrimonio antes de iniciar el viaje. Por lo tanto, declara la vulneración del art. 8 CEDH en conjunción con el art. 14 CEDH.

Los asuntos *Bah y Hode y Abdi* trazan una línea divisoria entre la migración forzada, es decir, personas a quienes se les ha reconocido el estatuto de

⁸⁰ M.B. DEMBOUR, “Gaygusuz Revisted: The limits of the European Court ... cit., pp.715.

⁸¹ *Hode y Abdi c. Reino Unido*, de 6 de noviembre de 2012, (App.22341/09), párrafo 47. (Traducción propia).

⁸² *Hode y Abdi c. Reino Unido*, párrafo 47. “In particular, the Court recalls that in *Bah v. the United Kingdom*, cited above, § 46, it specifically held that the fact that immigration status is a status conferred by law, rather than one which is inherent to the individual, does not preclude it from amounting to an “other status” for the purposes of Article 14. Moreover, in that case the Court suggested that the argument in favor of refugee status amounting to “other status” would be even stronger, as unlike immigration status refugee status did not entail an element of choice (see § 46)”.

asilo o refugio y la migración voluntaria, es decir, los migrantes económicos. No obstante, no está del todo claro que la línea que marca la división entre los dos estatutos jurídicos pueda dibujarse de manera nítida. Por un lado, el asilo es una categoría legal pre-determinada condicionada al cumplimiento de determinados requisitos (y no otros), de manera que la condición de refugiado se reconoce una vez que la experiencia individual de cada persona y las pruebas disponibles sobre la persecución sufrida se adapta a la definición pre-establecida en las legislaciones de los Estados⁸³. En este marco, el reconocimiento legal del estatuto de asilado responde a la acomodación de su historia con la definición y requisitos previstos legalmente. Pero, una persona puede haber huido de su país en el marco de las migraciones forzosas y no obtener el reconocimiento del estatuto de asilo o refugiado en el país de llegada. En este caso, la denegación no elimina automáticamente los elementos de fuerza u obligación del desplazamiento.

Por otra parte, en los últimos años las reformas en materia de asilo de los países tradicionalmente receptores de refugiados van dirigidas a disuadir a los solicitantes y a configurar un sistema aún mas complejo de fronteras impenetrables⁸⁴. Estas reformas dificultan la entrada legal al país de destino, introducen requisitos más exigentes para las solicitudes de asilo y reducen el

⁸³ Según la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, un refugiado es una persona que “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él”. Esta definición de Refugiado se traslada a la normativa europeo, Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida y Reglamento (UE) N°604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida.

⁸⁴ En este sentido, F. DÚVELL and B. JORDAN, “Immigration, asylum and welfare: The European context”, *Critical Social Policy*, vol 22, núm 3, 2002, pp 498-517. Estos autores describen el proceso de reforma de la legislación de asilo del Reino Unido con el objetivo de reducir el número de solicitantes, al tiempo que se promociona la inmigración económica porque se entiende que proporcionará mayor flexibilidad en el mercado laboral.

número de estatutos otorgados. Además, el derecho al asilo tradicionalmente ha estado siempre reservado sólo a los refugiados por persecuciones políticas, raciales o religiosas⁸⁵ y no por lesiones del derecho a la subsistencia⁸⁶. La normativa internacional y nacional sobre asilo y refugio se ha negado sistemáticamente a incluir otras causas de persecución o violencia como, por ejemplo, las condiciones de vida indignas. Por lo tanto, el derecho al asilo es un concepto construido por elementos políticos que no siempre se corresponden con las razones y las realidades de las personas y colectivos que se ven forzados a huir de sus países. El reconocimiento del estatuto de asilado tiene más relación con las políticas internas que los Estados deciden aplicar en este campo, que con las experiencias y realidades individuales de cada persona o de los colectivos.

En la actualidad, la protección internacional en el marco de la movilidad humana se extiende mucho más allá de un enfoque basado únicamente en la difícil situación de los refugiados. Los refugiados son uno de los grupos de “personas en movimiento”, cuyas necesidades deben ser protegidas, y para los cuales los Estados tienen obligaciones en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, pero ello no significa que sean los únicos⁸⁷. Por ejemplo, el concepto ciertamente emergente de grupos en situación de vulnerabilidad se incluyen colectivos como los trabajadores migrantes o los migrantes en situación irregular⁸⁸.

La voluntariedad que se deduce del proceso migratorio es el argumento que utiliza el TEDH para afirmar que las diferencias basadas en el estatus migratorio es una categoría menos sospechosa de ser discriminatoria. No

⁸⁵ En los últimos años también se han incluido otras causas como la violencia de género, los matrimonios forzados, la ablación o la persecución por orientación sexual. Al respecto véase Guidelines on International Protection No. 7: The Application of Article 1A (2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees to Victims of Trafficking and Persons at Risk of Being Trafficked, 7 April 2006; Guidelines on International Protection No. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 23 October 2012.

⁸⁶ L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías ...* op.cit., pp. 58.

⁸⁷ A. BEETS, “Towards a ‘soft law’ framework for the protection of vulnerable migrants”, en Research Paper núm. 162, *Policy Development and Evaluation Service United Nations High Commissioner for Refugees*, 2008.

⁸⁸ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha identificado a los migrantes indocumentados o en situación irregular como un grupo en situación de vulnerabilidad. Caso *Vélez Loor vs. Panamá*, de 23 de noviembre de 2010, párrafo 98.

obstante, las migraciones como procesos de movilidad humana no pueden ser clasificadas en su conjunto como procesos voluntarios. Sin duda hay un móvil individual en la decisión de los y las migrantes económicos de trasladarse a otro país, pero esta decisión se enmarca dentro un conjunto de políticas globales que promueven el movimiento internacional de trabajadores. Los Estados receptores de población migrante elaboran políticas de selección de los flujos migratorios con el objetivo que el mercado laboral interno pueda suplir la demanda laboral con la oferta de mano de obra existente en el resto del planeta. Por otra parte, tal y como indica Javier de Lucas, el hecho de migrar se convierte en una libre elección y no en una necesidad cuando hay posibilidades vitales y, en el contexto actual esto no es así⁸⁹.

Con todo, incluso entendiendo los procesos migratorios única y exclusivamente como resultado de las decisiones individuales de las personas, esto no les hace más o menos disponibles hacia tratos discriminatorios. Al respecto cabe señalar que otras categorías sospechosas como la religión o la ideología política también tienen en su origen una base clara de elección o de querer voluntariamente pertenecer a un determinado grupo. De hecho, en el análisis de las cláusulas discriminatorias es difícil determinar cuando los rasgos que sitúan a un grupo en una posición de desventaja son inmutables y cuando estos rasgos son los elegidos, es decir, social o voluntariamente adquiridos. ¿La religión es una elección?, ¿se puede voluntariamente dejar de pertenecer a una etnia?, ¿el género es una categoría inmutable o social?⁹⁰. El análisis de la discriminación no puede tener como eje rector la diferencia entre la pertenencia a un grupo subordinado en el marco del libre desarrollo de su personalidad y la pertenencia por una característica inmutable como puede ser el color de la piel. En este sentido, tal y como afirma el Tribunal, una característica adquirida no es una razón válida para excluirla del ámbito de aplicación del art. 14 CEDH; pero, con respecto a esta afirmación, cabe añadir que tampoco la voluntariedad lo es para disminuir el nivel de exigencia a los Estados frente a las diferencias de trato basadas en el estatus migratorio.

Es difícil saber las razones que llevaron al Tribunal a ubicar el estatus migratorio en el marco del art. 14 CEDH como una categoría “poco” sospechosa, cuando justamente la inclusión como una cláusula en el art. 14 CEDH tiene como finalidad incrementar el grado de justificación exigida a los

⁸⁹ J. DE LUCAS, “Reconocimiento, inclusión, ciudadanía. Los derechos sociales de los inmigrantes”, en M.J. AÑÓN (ed.), *La universalidad de los derechos* cit., pp.28.

⁹⁰ En este sentido, A. TIMMER, *Bah. v. UK: on migration, discrimination* ... cit.

Estados ante los tratos diferentes. Esta posición podría ser interpretada como una declaración que busca tranquilizar las preocupaciones de los Estados y reducir la presión en áreas controvertidas como la migración y el bienestar⁹¹. De hecho, tras *Gaygusuz*, algunos autores afirmaron que la Corte había ido demasiado lejos⁹² y, por lo tanto, *Bah* puede ser vista como un intento del Tribunal de ejercer un cierto grado de auto-control. También se ha argumentado que *Bah* supone la retirada de un ambicioso programa de protección social⁹³. Cualquiera que sea la razón, lo cierto es que el enfoque adoptado sobre la evaluación de las restricciones a los derechos sociales a través del mayor rigor de las justificaciones presentadas para las diferencias de trato y, por lo tanto, el fortalecimiento del principio de igualdad se ha reducido gradualmente en favor de un control menos sospechoso, más flexible.

La atenuación respecto a la motivación que deben aportar los Estados frente a un trato diferente sobre la base de su estatus migratorio es una posición muy controvertida, incluso en los casos de inmigrantes irregulares. Los estatutos migratorios se construyen en base a un sistema jerarquizado que depende básicamente de tres elementos: 1) la adecuación de la estancia del o la migrante a la legislación de extranjería (migrante regular-irregular) 2) el tiempo que lleva la persona en el territorio residiendo conforme a la legislación migratoria (migrante de corta duración - larga duración) y 3) la cualificación laboral que se otorga a las habilidades del o la migrante (migrante no cualificado y altamente cualificado). El tipo de autorización de residencia o la ausencia de la misma ubica al migrante en un lugar de la pirámide del cual se derivan los derechos y libertades. De manera que entre más escalas logre alcanzar el migrante mayor será el número de derechos que se reconocen.

Las reformas en los últimos años de las leyes migratorias y del Estado del bienestar van justamente dirigidas a reforzar los derechos sociales de los estatutos que se encuentran en cúspide de la pirámide (residencia de larga duración y altamente cualificada)⁹⁴ mientras que, paralelamente, se debilita

⁹¹ C.M.TOLLEY, "Judicialization of Politics in Europe: Keeping pace with Strasbourg", *Journal of Human Rights*, vol. 11, núm 1, 2012, pp. 68; N. BRATZA, "The relationship between UK Courts and Strasbourg", *European Human Rights Law Review*, núm 5, 2011.

⁹² M. BOSSUYT, "Should the Strasbourg Court exercise more self-restraint? On the extension of the jurisdiction of the European Court of Human Rights to social security regulations", *Human Rights Law Journal*, vol 17, núm 9-12, 2007, pp.321-331.

⁹³ M.B. DEMBOUR, "Gaygusuz Revisted: The limits of the European Court ...

⁹⁴ Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de

el reconocimiento de los derechos sociales a los colectivos más débiles. Y, es justamente el vínculo entre derechos sociales y presencia en el territorio el que se ha visto afectado con mayor intensidad⁹⁵. Estas reformas podrían justificarse en el marco de la soberanía de los Estados e incluso de la libertad que tienen en el diseño de las políticas migratorias, sino fuera porque la estructura jerarquizada de los estatutos migratorios se encuentra cruzada por los criterios de género, raza y clase⁹⁶.

En segundo lugar, la estratificación de los derechos se utiliza con el objetivo de promover o disuadir a determinados tipos de migrantes. La fragmentación de los derechos y libertades de los extranjeros suele justificarse en la creación de estatutos progresivos en donde el pool de derechos se amplía en la medida en que vínculo con el territorio y la sociedad de llegada se intensifica. No obstante, volviendo a citar a Lydia Morris, esta estratificación de los derechos es también un dispositivo central de la gestión de la migración⁹⁷. En la actualidad, la denegación y restricción de derechos sociales tiene más relación con las políticas migratorias dirigidas a disuadir la llegada a territorio nacional a aquellos migrantes no deseados o fomentar el regreso de las personas que se encuentren en el mismo, que con una distribución racional de los derechos en base a la vinculación con sociedad de llegada. Incluso, la denegación de los derechos sociales se utiliza como un instrumento de vigilancia y control en el marco de las políticas migratorias⁹⁸. En el asunto *Hode and Abdi*, ya expuesto, las alegaciones presentadas por el Gobierno ante el TEDH se centran en señalar que el Reino Unido se encuentra en un contexto de competencia internacional para atraer estudiantes y trabajadores altamente cualificados. Por lo tanto, el objetivo de la reforma legislativa era

mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado.

⁹⁵ En el caso español, cabe señalar la reforma al sistema sanitario llevada a cabo por el Decreto Ley 16/2012 que recorta el derecho a la sanidad justamente a los colectivos que se encuentran en una situación de mayor precariedad. Pero, también en el ámbito de otros países europeos la tendencia es la retirada de los derechos sociales a los colectivos migrantes que son socialmente menos valorados como los solicitantes de asilo, los que llevan poco tiempo en el territorio y los migrantes en situación irregular. *Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France* (Complaint N° 14/2003) Decision on the Merits. 8 September 2004; *Defence for Children International (DCI) v. The Netherlands* (Complaint N°47/2008) Decision on the Merits. 20 October 2009.

⁹⁶ L. MORRIS, *Managing Migration. Civic stratification ... cit.*, pp. 153.

⁹⁷ L. MORRIS, *Managing Migration. Civic stratification ... op.cit.*, pp. 153.

⁹⁸ Idem. pp. 177 y ss.

incentivar la llegada de migrantes económicos estableciendo un régimen de derechos más favorable, mientras que se desincentiva la llegada a los solicitantes de asilo⁹⁹. En este contexto, los derechos sociales son instrumentalizados en el marco de las políticas de selección de la inmigración y de control de los flujos migratorios.

La restricción de los derechos implica explícitamente la adopción de mecanismos para la exclusión de los grupos de población que se encuentran en un territorio. Como ha señalado Linda Bosniak tener personas que viven en el territorio, pero que se encuentra excluidos tanto desde el punto de vista legal como político no es compatible con una sociedad democrática¹⁰⁰. Para evitar la incompatibilidad entre la exclusión de los derechos y los principios democráticos, los Estados reconocen en parte ciertos derechos y libertades en función del estatus migratorio. Este reconocimiento de los derechos tiene como base un sistema estratificado en el que conviven las afirmaciones sobre la igualdad de trato con la discriminación y los patrones de exclusión¹⁰¹. En este contexto, el principio democrático impone que los Estados reconozcan los derechos sociales como un proceso de empoderamiento¹⁰² y, en consecuencia, cualquier negación o interferencia basada en los estatutos migratorios debe exigirse un mayor rigor de las razones que justificaría la diferencia de trato. Justamente, en el mismo sentido que se analizan las diferencias por raza, por sexo o nacionalidad.

4. CONCLUSIONES

La apertura del Convenio Europeo a los derechos de naturaleza social ha permitido al TEDH entrar a evaluar la razonabilidad de las diferencias de trato sobre la denegación de los derechos sociales basadas en la nacionalidad y en el estatuto migratorio. En lo que se refiere a la nacionalidad, a partir de *Gaygusuz* el Tribunal declara que los Estados deben aportar razones de peso para justificar una diferencia de trato basada en la nacionalidad. Esto supone

⁹⁹ Asunto *Hode y Abdi c. Reino Unido*, párrafo 36.

¹⁰⁰ L. BOSNIAK "Being Here: Ethical Territoriality ...op.cit.

¹⁰¹ L. MORRIS, *Managing Migration. Civic stratification* pp.7.

¹⁰² M. BADERIN and R. MCCORQUODALE, *Economic, Social and Cultural Rights in Action*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p.169. En el mismo sentido, J. DE LUCAS, "Reconocimiento, inclusión, ciudadanía. Los derechos sociales de los inmigrantes", en M.J. AÑÓN (ed.), *La universalidad de los derechos* cit., pp. 26 ss.

entender la doctrina de las cláusulas sospechas, como en el caso de las diferencias por sexo, y un establecer un límite frente a las reformas al Estado del bienestar que en las últimas décadas han recordado de manera deliberada los derechos de los y las migrantes.

No obstante, cuando el Tribunal decide pronunciarse sobre los estatutos migratorios como criterio base de un trato discriminatorio, entonces el nivel de protección que se otorga frente a las discriminaciones desciende. En *Andrejeva y Ponomaryovi* se opta por ampliar el margen de apreciación que tienen los Estados a la hora de establecer diferencias de trato en base al estatuto migratorio. Así, el vínculo entre los recursos escasos y los límites a los derechos sociales, que ya había desarrollado en pronunciamientos anteriores, se refuerza con la idea de la contribución individual del o la migrante a las arcas del Estado. La contribución económica es el criterio que ubica al migrante en igualdad de posición frente a los nacionales y al resto de estatutos migratorios. Esta argumentación lleva, por tanto, a excluir de manera expresa a los y las migrantes de corta duración y aquellos que se encuentran en situación irregular. Desde el punto de vista de las políticas migratorias, la práctica demuestra que los Estados suelen acudir a esta justificación, cuando en realidad lo que se pretende es diferenciar entre el buen migrante que cumple con la legislación, trabaja y contribuye y el “mal migrante” que en encuentra en situación irregular o de quien se deduce que poco puede aportar a la sociedad. Por lo tanto, bajo una justificación tan amplia y ambigua como del ahorro económico resulta fácil esconder tratos discriminatorios.

Por otra parte, en este análisis se omite la ponderación de otras finalidades legítimas como la cohesión social, el reconocimiento y el empoderamiento que el reconocimiento de los derechos sociales tiene en el marco de las relaciones inequitativas en términos de poder, estatus y riqueza que hay detrás de los estatutos migratorios. Por lo tanto, es cierto que el Tribunal amplía el vínculo entre solidaridad y nacionalidad para incluir a la migración y afirma que las diferencias de trato son sospechosas de ser discriminatorias cuando se basan en la nacionalidad, pero esta inclusión es sólo parcial porque en realidad el elemento que sitúa al migrante en posición de igualdad respecto del resto es la contribución a las arcas del Estado. En consecuencia, se deja fuera del ámbito de protección a colectivos como los migrantes de corta duración y los migrantes en situación irregular, que paradójicamente son quienes se encuentran en situaciones de mayor precariedad.

Otra de las cuestiones que trata la jurisprudencia del Tribunal es el rol del estatuto migratorio en el marco del art. 14 CEDH. Al respecto, en *Bah* el TEDH afirmó que el estatuto migratorio forma parte de la cláusula “cualquier otra situación” del art. 14 CEDH, de manera que las diferencias de trato sobre el disfrute de los derechos sociales basada en el estatuto migratorio pueden ser evaluadas en el marco del test de la igualdad. No obstante, el nivel de protección otorgado es menor porque a juicio del Tribunal la migración se concibe como una decisión voluntaria. A este respecto el Tribunal incorpora una distinción tajante entre las personas refugiados (incluidos los solicitantes de asilo) y los migrantes económicos, señalando que los primeros merecen una mayor protección dado el carácter forzado de su migración. Con este argumento, el Tribunal no sólo contribuye con la estratificación que hay detrás los estatutos migratorios, sino que además en la práctica es difícil distinguir entre una migración forzada y una voluntaria. Más cuando el derecho de asilo se construye como una categoría política, en donde la protección no siempre se adecua a la realidad vivida. Además, el mayor rigor de las justificaciones que deben aportar los Estados frente a las diferencias de trato no puede depender del hecho que la diferencia se base en una característica personal e innata o adquirida y voluntaria. Una característica adquirida no es una razón válida para que estatuto migratorio quede excluido del ámbito de aplicación del art. 14 CEDH, pero tampoco, la falsa voluntariedad que se deduce de los procesos migratorios lo es para disminuir el nivel de exigencia a los Estados frente a las diferencias de trato basadas en el estatus migratorio.

Los criterios por los cuales los Estados incluyen o excluyen a los migrantes no pueden ser objeto de un menor grado de control, esto es así porque la construcción de los estatutos migratorios supone la construcción de categorías que reflejan un sistema jerarquizado y estratificado cruzado por los criterios de género, raza y clase que deben ser evaluadas bajo un estricto control de razonabilidad.

DOLLY NATALIA CAICEDO CAMACHO
Departamento de Derecho Constitucional
Universitat de Barcelona
Av. Diagonal, 684
08034 Barcelona
e-mail: ncaicedo@ub.edu